

University of Groningen

Recente internationale ontwikkelingen in de aanpak van belastingontwijking door multinationals

van Herwaarden, A.J.

Published in:
Onderneming en Financiering

DOI:
[10.5553/OenF/157012472015023003003](https://doi.org/10.5553/OenF/157012472015023003003)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

van Herwaarden, A. J. (2015). Recent internationale ontwikkelingen in de aanpak van belastingontwijking door multinationals. *Onderneming en Financiering*, 2015(3), 23-35.
<https://doi.org/10.5553/OenF/157012472015023003003>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Recente internationale ontwikkelingen in de aanpak van belastingontwijking door multinationals

A.J. van Herwaarden

1 Inleiding

De belastingheffing van multinationals staat vandaag de dag in het middelpunt van de publieke belangstelling. Met behulp van fiscale structuren kunnen multinationals op legale wijze hun effectieve (wereldwijde) belastingdruk op behaalde winsten aanzienlijk verlagen. Hoewel de exacte omvang van belastingontwijking door multinationals onbekend is, hebben de OESO en de G20 in 2013 het groot-schalige project 'Base Erosion and Profit Shifting' (BEPS) opgezet, waarvan de definitieve resultaten in oktober 2015 worden verwacht.¹ Doelstelling van het BEPS-project is de eliminatie van mogelijkheden voor multinationals om bepaalde inkomensbestanddelen aan belastingheffing te laten ontsnappen en te garanderen dat daar belasting wordt geheven waar de waardecreërende activiteiten plaatsvinden. Ook de Europese Unie (EU) omarmt de doelstelling van het BEPS-project. Zowel de Europese Commissie als de Raad van de Europese Unie en het Europees Parlement hebben recentelijk initiatieven ontplooid op het terrein van belastingontwijking door multinationals.

Deze bijdrage bevat een bespreking van belastingontwijkingsmogelijkheden voor multinationals en de daartegen door de OESO/G20 en de EU voorgestelde oplossingsrichtingen. De hoofdlijnen van de belastingheffing van multinationals komen in paragraaf 2 aan bod. Paragraaf 3 bevat een schets van enige belastingontwijkingsmogelijkheden voor multinationals binnen de huidige internationale belastingarchitectuur. De in het kader van het BEPS-project voorgestelde oplossingsrichtingen zijn het onderwerp van paragraaf 4. De diverse door EU-instellingen ondernomen initiatieven komen in paragraaf 5 aan de orde. Paragraaf 6 bevat de conclusie.

2 Belastingheffing van multinationals: de hoofdlijnen

Vrijwel alle staten heffen belasting over de winst van vennootschappen. Ingezetten vennootschappen (binnenlands belastingplichtigen) worden belast over de wereldwijd genoten winst (wereldwijd systeem) of over de in de staat van vestiging behaalde winst (territoriaal systeem). Niet-ingezetene vennootschappen (buitenlands belastingplichtigen) worden ook belast naar het territoriaal systeem.

1 Alle in het kader van het BEPS-project door de OESO gepubliceerde documenten zijn beschikbaar via <www.oecd.org/tax/beps.htm>.

Hierbij geldt als drempel dat een niet-ingezeten vennootschap in een staat enkel belastingplichtig is voor de winstbelasting indien zij haar activiteiten daar door middel van een 'vaste inrichting' uitoefent. Veel staten belasten niet-ingezeten vennootschappen ook met bronheffingen over door hen ontvangen en uit die staten afkomstige rente, royalty's en dividenden. Deze bronheffingen worden doorgaans over het gehele ontvangen bedrag zonder kostenaf trek gegeven.

Een multinational bestaat uit meerdere (verbonden) vennootschappen. Elke vennootschap wordt belast over de eigen winst. Derhalve moet de winst van elke verbonden vennootschap afzonderlijk worden vastgesteld en dient er een prijs te worden bepaald voor transacties tussen verbonden vennootschappen. Wanneer verbonden vennootschappen (grensoverschrijdend) met elkaar handelen, dient de gehanteerde prijs voor belastingdoeleinden – de verrekenprijs of *transfer price* – *arm's length* te zijn: de prijs moet gelijk zijn aan de prijs die niet-verbonden vennootschappen in vergelijkbare omstandigheden overeen zouden komen. Verrekenprijzen zijn in hoge mate bepalend voor de verdeling van de concernwinst over de verbonden vennootschappen en de bijgevolg verschuldigde winstbelasting in elke staat waarin de multinational actief is. Immers, de gehanteerde verrekenprijzen vormen voor de betalende (verbonden) vennootschap een kostenpost en voor de ontvangende (verbonden) vennootschap een opbrengst. De door de verbonden vennootschappen uitgeoefende functies, gebruikte activa en gedragen risico's zijn volgens de OESO Transfer Pricing Richtlijnen van groot belang bij de vaststelling van *arm's-length* verrekenprijzen.² Hoe uitgebreider de door een vennootschap uitgeoefende functies, gebruikte activa en gedragen risico's, hoe hoger haar verwachte winst dient te zijn.

Elke staat hanteert eigen regels voor de fiscale kwalificatie van entiteiten en instrumenten. Zo kan een staat de *vennoten* van een personenvennootschap als belastingplichtigen aanmerken (de personenvennootschap is *transparent*), terwijl een andere staat de *personenvennootschap* als belastbare entiteit aanmerkt (de personenvennootschap is *niet-transparent*). Ook kan een staat een geldverstrekking aan een vennootschap beschouwen als een storting van eigen vermogen, terwijl een andere staat de geldverstrekking als vreemd vermogen beschouwt. Door staten gehanteerde afwijkende fiscale kwalificaties van entiteiten of instrumenten staan bekend als 'hybrid mismatches'.

Staten hanteren van elkaar afwijkende regimes inzake de belastingheffing van de door een moedermaatschappij van haar dochtermaatschappij ontvangen dividenden. In sommige staten zijn deze dividenden bij de moedermaatschappij van winstbelasting vrijgesteld op grond van een deelnemingsvrijstelling. Andere staten heffen bij de moedermaatschappij winstbelasting over deze dividenden onder verrekening van de aan de dividenden toerekenbare door de dochtermaatschappij betaalde belasting. Winstbelastingheffing bij de moedermaatschappij over deze dividenden vindt plaats na de winstuitkering. Winstoppotting bij de dochter-

2 De OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations worden in de praktijk als 'soft law' op grote schaal toegepast.

maatschappij leidt dan ook tot belastinguitstel. Met ‘Controlled Foreign Company-regelgeving’ (CFC-regelgeving) trachten sommige staten dergelijk belastinguitstel tegen te gaan: winsten van dochtermaatschappijen worden onmiddellijk – en niet pas na de winstuitering – in de winst van de moedermaatschappij opgenomen.

Binnen de EU is een aantal richtlijnen op het gebied van directe belastingheffing van kracht. Op grond van de Moeder-dochterrichtlijn mag een staat geen bronbelasting heffen op uitgekeerde dividenden en moet dubbele belastingheffing op het niveau van de moedermaatschappij worden geëlimineerd. De Rente- en royalty-richtlijn verbiedt een bronbelasting op betaalde rente en royalty’s.

3 Mogelijkheden voor BEPS

3.1 Inleiding

De interactie tussen de diverse belastingssystemen van de staten waarin een multinational actief is, kan leiden tot zowel dubbele belasting – meerdere staten heffen over (materieel) hetzelfde inkomen – als dubbele niet-belasting – geen enkele staat heft over een bepaald inkomensbestanddeel. Staten hebben zich tot op heden veel moeite getroost om dubbele belasting te verhelpen door eenzijdig maatregelen te treffen en bilaterale belastingverdragen ter voorkoming van dubbele belasting te sluiten. De aanpak van BEPS en dubbele niet-belasting is minder ontwikkeld. Multinationals kunnen hun effectieve (wereldwijde) belastingdruk binnen de huidige internationale belastingarchitectuur aanzienlijk reduceren. In deze paragraaf worden aan de hand van een voorbeeld enige veelvoorkomende *tax planning*-technieken geïllustreerd.³

Een multinational waarvan het hoofdkantoor in staat A is gevestigd, verkoopt producten aan consumenten in staat C. Staat A en staat C hanteren een hoog winstbelastingtarief. Staat C heft op grond van de nationale wetgeving tevens bronbelastingen op uitgaande rente, royalty’s en dividenden. Het in staat A gevestigde hoofdkantoor – vennootschap A – richt voor fiscale doeleinden in staat B een dochtermaatschappij – vennootschap B – op. Vennootschap B is juridisch rechthebbende van immateriële activa van het concern en is betrokken bij de verkopen in staat C. De doelstelling van de multinational is de minimalisering van de effectieve (wereldwijde) belastingdruk op de met de verkopen aan consumenten in staat C behaalde winsten.

3.2 Minimalisering van winstbelasting in staat C

Subjectieve belastingplicht is een noodzakelijke voorwaarde voor de verschuldigheid van winstbelasting. De multinational is in staat C enkel subjectief belastingplichtig indien de verkopen aan consumenten in staat C worden verricht door een aldaar gevestigde (verbonden) vennootschap of door een vaste inrichting van ven-

3 Voor het voorbeeld is inspiratie geput uit OECD, Addressing the tax challenges of the digital economy, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing 2014, hoofdstuk 5.

nootschap B. Onder de huidige internationale definitie van een vaste inrichting kan vennootschap B een aanzienlijke hoeveelheid verkopen in staat C verrichten zonder daar een vaste inrichting te hebben.⁴ Zo is er geen sprake van een vaste inrichting in staat C indien consumenten online een bestelling plaatsen bij vennootschap B, die deze bestelling levert vanuit een (groot) magazijn in staat C. Het magazijn geldt niet als een vaste inrichting, omdat er een uitzondering bestaat voor inrichtingen die uitsluitend worden gebruikt voor aflevering van aan de vennootschap toebehorende goederen.⁵ Zonder een vaste inrichting of een vennootschap in staat C is de concernwinst in het geheel niet belastbaar in staat C.

In het vervolg wordt als uitgangspunt gehanteerd dat vennootschap B in staat C een dochtermaatschappij – vennootschap C – opricht. Vennootschap C is subjectief belastingplichtig in staat C. Zij minimaliseert evenwel de door haar verschuldigde winstbelasting door middel van een versmalling van haar belastinggrondslag. Zo betaalt zij – als kostenpost aftrekbare – royalty's en rente aan vennootschap B. Tevens betreft zij de aan consumenten in staat C te verkopen goederen van vennootschap B, terwijl het risico op onverkoopbaarheid contractueel bij vennootschap B wordt neergelegd. Deze risicoallocatie rechtvaardigt – conform het arm's-lengthbeginsel – een hogere verrekenprijs tussen vennootschap B en vennootschap C dan in de situatie waarin vennootschap C het desbetreffende risico draagt. Een hogere door vennootschap C te betalen verrekenprijs leidt ertoe dat een kleiner gedeelte van de concernwinst neerslaat bij vennootschap C. De gehanteerde verrekenprijs vermindert immers de belastinggrondslag van vennootschap C. In zijn algemeenheid leidt een verplaatsing van functies, activa en risico's naar vennootschap B tot een versmalling van de belastinggrondslag van vennootschap C. Immers, de aan de functies, activa en risico's gerelateerde (verwachte) beloningen komen dan toe aan vennootschap B en niet aan vennootschap C. Als bijvoorbeeld (personeel van) vennootschap B in plaats van (personeel van) vennootschap C de verkoopfunctie uitoefent en vennootschap B rechthebbende is van immateriële activa en het risico op onverkoopbaarheid draagt, komen de hieraan gerelateerde (verwachte) beloningen toe aan vennootschap B.

3.3 Minimalisering van bronbelasting in staat C en staat B

Staat C heft op grond van de nationale wetgeving bronbelastingen op uitgaande rente, royalty's en dividenden. Er bestaan twee opties ter minimalisering van deze bronbelastingen: tussen staat C en staat B is een verdrag van kracht waarin is voorzien in een reductie van de belastingtarieven of beide staten zijn EU-lidstaten met als consequentie dat op grond van de Moeder-dochterrichtlijn en de Rente- en royaltyrichtlijn geen bronbelastingen mogen worden geheven.

4 Art. 5 van het OESO-Modelbelastingverdrag bevat de internationaal gangbare definitie van het vaste inrichtingsbegrip.

5 Vermoedelijk is dit de reden waarom Amazon de afgelopen jaren in het Verenigd Koninkrijk nauwelijks winstbelasting verschuldigd was. Britse consumenten sloten via internet contracten met een in Luxemburg gevestigde groepsvennootschap van Amazon, die de bestelling leverde vanuit een – niet als vaste inrichting kwalificerend – magazijn in het Verenigd Koninkrijk.

Het is voorstelbaar dat vennootschap B dividenden uitkeert en rente betaalt aan vennootschap A. Staat B kan in principe bronbelastingen heffen op deze betalingen. Mogelijkerwijs heft staat B op grond van de nationale wetgeving evenwel geen bronbelastingen of bestaat er een belastingverdrag tussen staat B en staat A waarin is voorzien in een reductie van de tarieven of zijn beide staten lid van de EU.

In vergelijking met het aangaan van rechtstreekse transacties tussen vennootschap A en vennootschap C kan het tussenplaatsen van vennootschap B in voorkomende gevallen tot een reductie van bronbelastingen leiden. Veronderstel dat staat C en staat A (beide staten zijn geen lid van de EU) geen belastingverdrag met elkaar hebben gesloten. Staat C heft op grond van de nationale wetgeving een bronbelasting op rente van 30%. Op een door vennootschap C verrichte rentebetaling van 100 aan vennootschap A is laatstgenoemde vennootschap aldus 30 aan bronbelasting verschuldigd in staat C. Veronderstel voorts dat staat C en staat B een verdrag hebben gesloten op grond waarvan staat C het bronbelastingtarief verlaagt tot 10% voor rentebetalingen verricht door inwoners van staat C aan inwoners van staat B. Op een door vennootschap C verrichte rentebetaling van 100 aan vennootschap B is laatstgenoemde vennootschap aldus 10 aan bronbelasting verschuldigd in staat C. Veronderstel voorts dat staat B op grond van de nationale wetgeving geen bronbelasting op rente heft. Vennootschap A is aldus geen bronbelasting verschuldigd op een door haar van vennootschap B ontvangen rentebetaling. In de geschetste situatie bespaart de multinational 20 aan bronbelasting door het tussenplaatsen van vennootschap B.

3.4 *Minimalisering van winstbelasting in staat B*

De door vennootschap C aan vennootschap B verrichte betalingen hebben slechts een lagere effectieve (wereldwijde) belastingdruk voor de multinational tot gevolg indien deze betalingen in staat B tegen een lager winstbelastingtarief worden belast dan in staat C. Mogelijk hanteert staat B een algemeen laag winstbelastingtarief of bestaan er begunstigende regimes voor bijvoorbeeld ontvangen rente en royalty's.⁶ Dubbele niet-belasting ontstaat als in staat C als rente aangemerkte betalingen in staat B als dividenden worden aangemerkt en staat B een deelnemingsvrijstelling kent. De betaling is dan aftrekbaar bij vennootschap C en niet belast bij vennootschap B.⁷ Zo daalt de belastinggrondslag van vennootschap C met 100 ten gevolge van een door haar verrichte betaling van 100 aan vennootschap B, terwijl deze betaling bij laatstgenoemde vennootschap geen stijging van de belastinggrondslag tot gevolg heeft. Dit contrasteert met de 'normale' situatie waarin de bij vennootschap C aftrekbare betaling van 100 voor hetzelfde bedrag in de belastinggrondslag van vennootschap B wordt opgenomen.

6 Een voorbeeld betreft de Nederlandse innovatiebox uit art. 12b Wet VPB 1969. De voordelen uit hoofde van een immaterieel activum worden tegen een effectief tarief van 5% belast.

7 Een recent Nederlands voorbeeld betreft het RPS-arrest, HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:224. De Hoge Raad merkt in dit arrest Australische 'redeemable preference shares' als eigen vermogen aan ondanks het feit dat deze in Australië als vreemd vermogen kwalificeren.

3.5 Minimalisering van winstbelasting in staat A

De verschuldigdheid van lage winst- en bronbelastingen in staat C en in staat B leidt voor de multinational enkel tot een lage effectieve (wereldwijde) belastingdruk, indien staat A de met de verkopen aan consumenten in staat C behaalde winsten niet in de heffing betreft. Vennootschap A betaalt in staat A geen winstbelasting over de door haar van vennootschap B ontvangen dividenden indien staat A een deelnemingsvrijstelling hanteert. Als staat A in beginsel wel winstbelasting heft over ontvangen dividenden is belastinguitstel het hoogst haalbare resultaat. Uitstel van belastingheffing leidt tot een lager effectief belastingtarief vanwege de tijds waarde van geld. Mogelijk is in staat A evenwel CFC-regelgeving van kracht ter bestrijding van belastinguitstel. De winsten van vennootschap B worden dan onmiddellijk – en niet pas na de winstuitkering – in de winst van vennootschap A opgenomen. In dat geval werkt de belastingstructuur enkel indien de werking van de CFC-regelgeving ontlopen kan worden. In de praktijk behoort dit veelal tot de mogelijkheden. Zo is het mogelijk dat staat A op grond van de nationale wetgeving vennootschap C als een transparante vennootschap beschouwt, met als gevolg dat staat A betalingen tussen (transparante) vennootschap C en (niet-transparante) vennootschap B niet in aanmerking neemt. Staat A beschouwt deze betalingen als het ware als betalingen ‘binnen’ vennootschap B. Zo wordt een door vennootschap C verrichte rentebetaling van 100 aan vennootschap B vanuit het perspectief van staat A niet opgenomen in de winst van laatstgenoemde vennootschap en derhalve ook niet gekwalificeerd als onmiddellijk in staat A te belasten CFC-inkomen. Indien staat A zowel vennootschap B als vennootschap C als niet-transparante vennootschap beschouwt, wordt de rentebetaling vanuit het perspectief van staat A daarentegen wel opgenomen in de winst van vennootschap B en derhalve ook gekwalificeerd als onmiddellijk in staat A te belasten CFC-inkomen.

Zoals aangegeven is vennootschap B juridisch rechthebbende van immateriële activa van het concern. Het is goed voorstelbaar dat vennootschap B deze rechten heeft verworven onder een ‘cost contribution arrangement’ (CCA) met vennootschap A. Onder deze overeenkomst verricht vennootschap A alle activiteiten inzake de ontwikkeling van de immateriële activa en verschaft vennootschap B de benodigde financiële middelen. De overeenkomst is *arm’s length*, aangezien ook niet-verbonden vennootschappen dergelijke overeenkomsten sluiten. Er bestaat evenwel een wezenlijk verschil tussen beide situaties. In tegenstelling tot overeenkomsten tussen niet-verbonden vennootschappen is het *in economische zin* een fictie dat vennootschap B financiële middelen bijdraagt aan de CCA. Immers, vennootschap A heeft deze financiële middelen eerst zelf aan vennootschap B verstrekt in de vorm van eigen vermogen. Feitelijk wordt door middel van de CCA winst vanuit staat A naar staat B verschoven. Veronderstel dat vennootschap A activiteiten verricht ter waarde van 100 en vennootschap B 100 aan financiële middelen bijdraagt. Beide vennootschappen zijn vervolgens gerechtigd tot 50% van de ontwikkelde immateriële activa. Als vennootschap A zowel de activiteiten zou verrichten alsook de financiële middelen zou bijdragen, zou zij gerechtigd zijn tot 100% van de ontwikkelde immateriële activa. De omleiding van de financiële

middelen via vennootschap B (storting als eigen vermogen in vennootschap B en daaropvolgende bijdrage door vennootschap B aan de CCA) leidt tot de gedeelde gerechtigdheid tot de ontwikkelde immateriële activa en aldus tot de mogelijkheid om de aan de ontwikkelde immateriële activa gerelateerde winsten gedeeltelijk in staat B te doen neerslaan.

4 Het BEPS-Actieplan en voorgestelde oplossingsrichtingen

4.1 Inleiding

De OESO en de G20 hebben in 2013 het BEPS-project opgestart met als doelstelling de eliminatie van mogelijkheden voor multinationals om bepaalde inkomensbestanddelen aan belastingheffing te laten ontsnappen en te garanderen dat daar belasting wordt geheven waar de waardecreërende activiteiten plaatsvinden. Volgens de OESO is de integriteit van de winstbelasting in het geding. BEPS werkt concurrentieverstorend, leidt tot een verstoring van investeringsbeslissingen en heeft een negatieve invloed op de belastingmoraal. Het BEPS-Actieplan bevat vijftien actiepunten ter bestrijding van BEPS.⁸ De OESO heeft in september 2014 rapporten gepubliceerd inzake een aantal actiepunten. Voor de overige actiepunten heeft de OESO consultatiedocumenten uitgebracht. De definitieve rapporten worden in oktober 2015 verwacht. Deze paragraaf bevat een overzicht en een korte beschrijving van de actiepunten en de voorgestelde oplossingsrichtingen.⁹

4.2 Het BEPS-Actieplan: vijftien actiepunten

- *Actiepunt 1: Address the tax challenges of the digital economy*

De grondslagen van de huidige internationale fiscale regelgeving zijn gelegd in de jaren twintig van de vorige eeuw. De vraag rijst of de internationale belastingarchitectuur nog geschikt is in de hedendaagse 'digitale economie'. De OESO analyseert onder meer specifieke ondernemingsmodellen in de digitale economie en de uitdagingen voor belastingheffing in de digitale economie.¹⁰ Zij identificeert tevens opties voor de aanpak van deze uitdagingen.¹¹ Een beoordeling van de noodzaak en waarde van deze opties volgt zodra de resultaten van de overige BEPS-actiepunten bekend zijn.

- *Actiepunt 2: Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements*

Multinationals kunnen gebruikmaken van door staten gehanteerde afwijkende kwalificaties van instrumenten of entiteiten om BEPS-uitkomsten te bereiken.

8 OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing 2013.

9 Uitgebreidere besprekingen van (onderdelen van) BEPS zijn te vinden in de fiscale literatuur. Bijv. de themanummers van Bulletin for International Taxation 2015, afl. 6/7 en Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht (139) 2015.

10 OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing 2014.

11 Als opties vermeldt de OESO onder meer: het vaststellen van een vaste inrichting op grond van een 'significant digital presence' in een staat, een bronbelasting op digitale transacties en een 'bandwidth'- of 'BIT'-belasting.

Ter bestrijding beveelt de OESO aan dat staten in de nationale wetgeving 'linking rules' opnemen volgens welke een staat voor de fiscale behandeling van een instrument of entiteit aansluiting zoekt bij de door een andere staat gehanteerde fiscale behandeling.¹² Zo raadt de OESO – als 'primary rule' – aan dat een staat aftrek van een betaling (bijvoorbeeld rente) bij de betalende vennootschap weigert indien de betaling niet in de belastbare winst van de ontvanger wordt opgenomen. Voorts raadt de OESO – als 'defensive rule' – aan dat de staat van de ontvangende vennootschap een betaling (bijvoorbeeld dividend) in de winst opneemt indien de staat waarin de betalende vennootschap is gevestigd de 'primary rule' niet toepast.

- *Actiepunt 3: Strengthen CFC rules*

Op grond van CFC-regelgeving worden winsten van dochtermaatschappijen (onmiddellijk) in de winst van de moedermaatschappij opgenomen. De OESO benadrukt dat CFC-regelgeving niet alleen de belastinggrondslag van de uiteindelijke moedermaatschappij beschermt, maar tevens positieve 'spillover effects' heeft op de belastinggrondslag van de bronstaten, omdat er voor een multinational geen (of een kleinere) prikkel bestaat om winsten naar een laagbelastende staat te verschuiven. Immers, deze winsten worden onmiddellijk opgenomen in de winst van de moedermaatschappij, waardoor het beoogde belastingvoordeel van de winstverschuiving niet behaald wordt. De OESO behandelt in een consultatiedocument alle benodigde bouwstenen voor effectieve nationale CFC-regelgeving en doet hieromtrent aanbevelingen.¹³

- *Actiepunt 4: Limit base erosion via interest deductions and other financial payments*

Bovenmatige rentebetalingen leiden – vanwege de aftrekbaarheid van rente – tot een erosie van de belastinggrondslag. De OESO beveelt in een consultatiedocument aan dat staten een generieke renteaftrekbeperking in de nationale wetgeving opnemen.¹⁴ Vermoedelijk zal de OESO in haar definitieve rapport een 'earnings stripping' maatregel aanbevelen: de per saldo door een vennootschap verschuldigde rente is slechts aftrekbaar tot een bepaald percentage van de 'EBITDA' – *earnings before interest, taxes, depreciation and amortization*.¹⁵

- *Actiepunt 5: Counter harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance*

De fiscaliteit is een van de facetten waarop staten elkaar beconcurreren om economische bedrijvigheid aan te trekken ('tax competition'). De OESO is van mening dat sommige begunstigende fiscale regimes schadelijk zijn. Zij is voor-

12 OECD, Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing 2014.

13 OECD, Public discussion draft, BEPS Action 3: Strengthening CFC rules, 2015. Enkel voor de – cruciale – bouwsteen 'definition of CFC income' doet de OESO nog geen aanbeveling.

14 OECD, Public discussion draft, BEPS Action 4: Interest deductions and other financial payments, 2014.

15 OESO-webcast van 8 juni 2015, beschikbaar via <www.oecd.org/ctp/beps-webcasts.htm>.

stander van een ‘substantial activity requirement’, volgens welke een vennootschap slechts gebruik kan maken van een begunstigend regime in een staat indien de vennootschap in die staat substantiële activiteiten uitoefent. Tevens benadrukt de OESO het belang van transparantie. Zij stelt voor om grensoverschrijdende informatie-uitwisseling inzake *rulings* met betrekking tot begunstigende regimes verplicht te stellen.¹⁶

- *Actiepunt 6: Prevent treaty abuse*

Staten sluiten een bilateraal belastingverdrag met als doel om de voordelen van het belastingverdrag toe te kennen aan inwoners van de betrokken staten. Niet is beoogd dat inwoners van derde staten kunstmatig toegang krijgen tot het bilaterale verdrag (‘treaty shopping’). De OESO stelt voor om specifieke bepalingen in belastingverdragen op te nemen tegen ‘treaty shopping’. Tevens stelt zij voor om in de titel en in de preambule van het OESO-Modelverdrag tot uitdrukking te brengen dat met het verdrag wordt beoogd om zowel dubbele belasting als belastingontduiking en belastingontwijking tegen te gaan.¹⁷

- *Actiepunt 7: Prevent the artificial avoidance of PE status*

Onder de huidige definitie van een vaste inrichting in het OESO-Modelverdrag kan een multinational een aanzienlijke hoeveelheid verkopen in een staat verrichten zonder daar een vaste inrichting te hebben. De OESO stelt wijzigingen van het vaste-inrichtingsbegrip voor. Verhinderd moet worden dat een multinational in een staat kernactiviteiten kan uitoefenen zonder daar een vaste inrichting te hebben en aldus geen belasting in die staat te zijn verschuldigd.¹⁸

- *Actiepunt 8-10: Assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation*

Het BEPS-Actieplan bevat drie actiepunten inzake transfer pricing (‘intangibles’, ‘risk and capital’ en ‘other high-risk transactions’). Doelstelling is dat de winst van een multinational wordt belast in de staten waar de winst gecreëerd wordt. De OESO legt alsdan sterk de nadruk op de economische werkelijkheid. Het arm’s-lengthbeginsel behoudt zijn positie als internationale standaard ter verdeling van de concernwinst over de verbonden vennootschappen waaruit de multinational bestaat. Wel zullen de OESO Transfer Pricing Richtlijnen aanzienlijk worden gewijzigd.¹⁹

16 OECD, Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing 2014.

17 OECD, Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing 2014.

18 OECD, Revised discussion draft, BEPS Action 7: Preventing the artificial avoidance of PE status, 2015.

19 De OESO heeft diverse (consultatie)documenten gepubliceerd. De belangrijkste documenten zijn: OECD, Guidance on transfer pricing aspects of intangibles, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing 2014 en OECD, Public discussion draft, BEPS Action 8-10: on revisions to Chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (including risk, recharacterisation, and special measures), 2014.

- *Actiepunt 11: Establish methodologies to collect and analyse data on BEPS and the actions to address it*

De exacte omvang en de economische invloed van BEPS zijn onbekend. Daarom werkt de OESO aan methoden om de omvang en invloed van BEPS vast te stellen, evenals de effectiviteit van de te treffen maatregelen.²⁰

- *Actiepunt 12: Require taxpayers to disclose their aggressive tax planning arrangements*

Belastingadministraties kunnen pas actie tegen agressieve belastingstructuren ondernemen wanneer zij van deze belastingstructuren op de hoogte zijn. De OESO doet in een consultatiedocument aanbevelingen voor het ontwerp van 'mandatory disclosure rules', volgens welke belastingadviseurs en/of belastingplichtigen verplicht zijn om belastingadministraties vroegtijdig te informeren over potentieel agressieve belastingstructuren.²¹

- *Actiepunt 13: Re-examine transfer pricing documentation*

Transfer-pricingdocumentatie is voor belastingadministraties van groot belang om de juistheid van de gehanteerde verrekenprijzen te kunnen controleren. Het OESO-voorstel inzake transfer-pricingdocumentatie voorziet in drie door de belastingplichtige aan te leveren documenten: een *masterfile*, een *local file* en een *country-by-country report*. De masterfile bevat gestandaardiseerde informatie over de multinational. De local file bevat informatie over de in een staat gevestigde verbonden vennootschappen en hun grensoverschrijdende transacties met verbonden vennootschappen. Het country-by-country report bevat informatie over onder meer de in elke staat waarin de multinational operatief is gegenereerde omzet, behaalde winsten, betaalde belastingen, gebruikte activa en het aantal werknemers.²²

- *Actiepunt 14: Make dispute resolution mechanisms more effective*

De toepassing en interpretatie van de in het kader van het BEPS-Actieplan te treffen maatregelen zullen vermoedelijk leiden tot een verhoogd aantal geschillen tussen staten. De OESO beschrijft diverse opties om de huidige geschilbeslechtsingsmechanismen te verbeteren. Hierbij onderkent zij dat er onder de OESO/G20-staten geen consensus bestaat over de optie tot verplichte arbitrage van geschillen.²³ Omdat een aantal staten wel voorstander is van verplichte arbitrage zal in het multilaterale instrument (actiepunt 15) worden voorzien in de mogelijkheid van verplichte arbitrage tussen deze staten.

20 OECD, Public discussion draft, BEPS Action 11: Improving the analysis of BEPS, 2015.

21 OECD, Public discussion draft, BEPS Action 12: Mandatory disclosure rules, 2015.

22 De OESO heeft meerdere documenten gepubliceerd inzake actiepunt 13. Het belangrijkste document is OECD, Guidance on transfer pricing documentation and country-by-country reporting, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing 2014.

23 OECD, Public discussion draft, BEPS Action 14: Make dispute resolution mechanisms more effective, 2014.

• *Actiepunt 15: Develop a multilateral instrument*

De OESO stelt voor om de in het kader van het BEPS-Actieplan aangebrachte wijzigingen in het OESO-Modelverdrag door middel van een multilateraal instrument te laten doorwerken in de door de deelnemers aan het multilaterale instrument gesloten bilaterale verdragen. Het multilaterale instrument dient op 31 december 2016 voor ondertekening door staten gereed te zijn.²⁴

5 De EU en BEPS

In 2014 is de Europese Commissie (EC) vier formele onderzoeksprocedures gestart naar mogelijke verboden staatssteun door middel van transfer pricing rulings door Nederland (Starbucks), Ierland (Apple) en Luxemburg (Fiat en Amazon). Voorts heeft de EC in 2015 een formeel onderzoek geopend naar mogelijke staatssteunaspecten in het Belgische 'excess profits'-rulingregime.²⁵ Naast deze specifieke onderzoeken heeft de EC eind 2014 alle lidstaten verzocht om informatie over hun rulingpraktijken.²⁶ Ook het Europees Parlement (EP) buigt zich over rulings. Het EP heeft in februari 2015 een speciale commissie ingesteld om gedurende zes maanden onderzoek te verrichten naar de praktijk van het staatssteunrecht en het belastingrecht met betrekking tot tax rulings.²⁷

In maart 2015 heeft de EC het 'Tax Transparency Package' gepubliceerd.²⁸ Het belangrijkste onderdeel van de in dit pakket voorgestelde maatregelen betreft het richtlijnvoorstel voor verplichte uitwisseling tussen lidstaten van informatie over rulings.²⁹ Volgens het richtlijnvoorstel moeten lidstaten elk kwartaal aan alle lidstaten en aan de EC globale informatie toezenden over alle door hen in die periode afgegeven of gewijzigde rulings. Lidstaten kunnen vervolgens verzoeken om aanvullende informatie, zoals de volledige tekst van specifieke rulings. Volgens het richtlijnvoorstel dient ook informatie te worden uitgewisseld over de in de tien jaar voorafgaand aan de inwerkingtreding van de richtlijn afgegeven en nog steeds van kracht zijnde rulings. Het richtlijnvoorstel heeft een breder toepassingsbereik dan BEPS-actiepunt 5, omdat de verplichte informatie-uitwisseling niet beperkt is tot rulings met betrekking tot begunstigende regimes.

24 De OESO heeft meerdere documenten gepubliceerd inzake actiepunt 15. Het belangrijkste document is OECD, Developing a multilateral instrument to modify bilateral tax treaties, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing 2014.

25 Volgens het 'excess profits'-rulingregime worden de aan intragroepssynergieën toerekenbare winsten (de 'excess profits') niet in de belastinggrondslag van een in België gevestigde vennootschap opgenomen.

26 De EC heeft vervolgens op 8 juni 2015 bij vijftien lidstaten individuele tax rulings opgevraagd.

27 Het 'Special Committee on tax rulings and other measures similar in nature or effect'. Informatie over de activiteiten van de commissie is beschikbaar via <www.europarl.europa.eu/committees/en/taxe/home.html>.

28 Zie <http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transparency/index_en.htm>.

29 COM(2015)135 def. Het richtlijnvoorstel ziet op 'voorafgaande grensoverschrijdende rulings' en 'voorafgaande prijsafspraken'.

In juni 2015 heeft de EC een actieplan inzake de belastingheffing van vennootschappen gepubliceerd.³⁰ Volgens de EC is een nieuwe benadering van de belastingheffing van vennootschappen in de EU benodigd ter bewerkstelling van eerlijkere en efficiëntere belastingheffing evenals een effectieve aanpak van belastingontwijking. De EC stelt onder meer voor om het richtlijnvoorstel uit 2011 inzake de Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) nieuw leven in te blazen.³¹ Onder de CCCTB berekenen alle lidstaten de belastinggrondslag van vennootschappen op dezelfde wijze (*common tax base*) en worden de resultaten van afzonderlijke verbonden vennootschappen geconsolideerd (*consolidated tax base*) en vervolgens aan de hand van een vaste formule omgeslagen over de lidstaten waarin de afzonderlijke verbonden vennootschappen actief zijn. Ten opzichte van het richtlijnvoorstel uit 2011 stelt de EC in haar actieplan twee belangrijke wijzigingen voor. Ten eerste zal de CCCTB niet meer optioneel, maar verplicht zijn voor multinationals. Ten tweede zal de invoering van de CCCTB gefaseerd plaatsvinden: eerst wordt politieke overeenstemming gezocht inzake de common tax base (CCTB) en pas daarna komt de politiek meer beladen consolidatie aan de orde. De EC zal in 2016 een nieuw C(C)CTB-richtlijnvoorstel publiceren.

De Raad van de Europese Unie heeft recentelijk twee wijzigingen aangebracht in de Moeder-dochterrichtlijn. De eerste wijziging betreft een regeling tegen dubbele niet-belasting ten gevolge van hybride financiële instrumenten. De lidstaat van vestiging van de moedermaatschappij is verplicht om belasting te heffen over een door de moedermaatschappij ontvangen winstuitkering voor zover die winstuitkering bij de dochtermaatschappij aftrekbaar is.³² De tweede wijziging betreft de invoering van een algemene antimisbruikbepaling. Lidstaten mogen de voordelen van de richtlijn niet toekennen als een constructie is opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel of de toepassing van de richtlijn ondermijnt en die constructie als kunstmatig is te beschouwen.³³ Beide wijzigingen moeten per 1 januari 2016 in de nationale wet van de lidstaten zijn geïncorporeerd.

6 Conclusie

De ontwikkelingen in de strijd tegen agressieve belastingontwijking zijn anno 2015 in volle gang. De nabije toekomst zal uitwijzen of staten in het kader van het OESO/G20 Base Erosion and Profit Shifting-project overeenstemming kunnen bereiken over effectieve wijzigingen in het OESO-Modelverdrag. Voorts zal blijken in hoeverre staten hun nationale wetgeving zullen wijzigen naar aanleiding van de uit het BEPS-project voortvloeiende aanbevelingen. Op langere termijn zijn de interpretatie van de nieuwe regels en de beslechttingswijze van de uit interpretatieverschillen voortvloeiende geschillen van groot belang. Binnen de EU

30 COM(2015)302 def.

31 COM(2011)121 def.

32 Richtlijn 2014/86/EU.

33 Richtlijn 2015/121/EU.

hangen op korte termijn het voorstel voor verplichte uitwisseling tussen lidstaten van informatie over rulings en de uitkomsten van de staatssteunonderzoeken naar transfer pricing rulings boven de markt. Op langere termijn is het de vraag of de inspanningen van de EC voor een Common (Consolidated) Corporate Tax Base vruchten zullen afwerpen.